

MUDANÇAS INTRODUZIDAS NO DIREITO DE FAMÍLIA PELA LEI Nº 11.698/2008

ALINE MARIA PEREIRA

Advogada. Bacharel em Direito pelo UNIFOR/MG.

RESUMO: A fragmentação da família sempre trouxe grandes desgastes para os envolvidos, gerando graves conseqüências, principalmente para a criança, fruto dessa relação dilacerada. Diante disso, foi publicada em 13 de junho de 2008 a Lei nº 11.698/2008, que institui e disciplina a guarda compartilhada no direito brasileiro. Muito questionada e alvo de inúmeras críticas, a referida lei tem por objetivo transformar a proteção ao filho em um momento de cumplicidade entre a família, em que todos se unem em prol do melhor para a criança. Assim, este estudo visa analisar a Lei da Guarda Compartilhada, contrapondo argumentos e, ainda, examinar criticamente como se dará sua aplicação em relação à vida futura da família.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda compartilhada; família; criança; argumentos; críticas.

ABSTRACT: The fragmentation of the family has always generated great pain for those involved, causing serious consequences, especially for the child, the fruit of the shattered relationship. In this light, the Law 11698/2008 was published on 13th June, 2008. It establishes and rules the shared custody under the Brazilian Law. A target of much criticism, the Law aims at transforming the protection of the child in a moment in which all members of the family unite for the best interests of the child. Thus, this study examines the Law of the Shared Custody and discusses the ways in which its enforcement will reflect in the future family life.

KEY WORDS: Shared custody; family; children; arguments; criticism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Guarda compartilhada. 3. Das mudanças introduzidas pela Lei nº 11.698/2008. 3.1. A responsabilidade conjunta e suas conseqüências. 3.2. Dos alimentos. 3.3. Das visitas. 3.4. Mudança de domicílios. 4. Dos pontos positivos e negativos da Lei nº 11.698/2008. 5. Aplicação do instituto. 6. Crítica. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Já aplicada em vários países, como Inglaterra, França e Argentina, a expressão “guarda compartilhada” ganhou *status* com o projeto de lei do então deputado federal Thilden Santiago, que, no dia 13 de junho de 2008, por sanção do Presidente da República, transformou-se em lei.

A inovação já era aplicada pelos tribunais pátrios¹ com base no art. 13 da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), que descreve a possibilidade de o juiz estipular a guarda dos filhos de maneira distinta do estipulado em lei, e também no art. 1690, parágrafo único, do Código Civil (CC), que pugna pela decisão comum dos pais em relação aos filhos. Desse modo, o que a nova lei fez foi regulamentar algo já praticado pelos juristas brasileiros.

A mudança ocorrida foi comemorada por muitos juristas e pais que viam na ausência legal a violação do princípio da igualdade, descrito no art. 5º, I, e art. 226, §5º, da CF/88, por propagar que os menores estariam sendo mais bem assistidos por um único genitor, o qual, na sociedade arcaica, seria a mãe.

2. Guarda compartilhada

A palavra “guarda”, segundo o dicionário Aurélio, vem do alemão *warda*, de guardar, de ter vigilância. Já a palavra “compartilhada” significa usar em comum, compartilhar. Assim, fazendo a junção das duas palavras, chegamos à expressão “guarda compartilhada”, que exprime o dever de vigilância dividida pelos pais do menor que teve o lar familiar fragmentado. Ou seja, é o exercício conjunto pelos pais (daí o fundamento de também ser denominada de guarda conjunta) da guarda dos filhos menores, conforme disposto no alterado art. 1.583, §1º, do CC. Citando Waldyr Grisard Filho (2000, p. 28-31):

A guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.

No entanto, esse tipo de guarda não se confunde com a guarda alternada, que não tem previsão no ordenamento brasileiro, mas é aplicada raramente. A guarda alternada

¹ Nesse sentido: Recurso do Ministério Público contra decisão do Juizado de Menores. Deferimento da guarda e responsabilidade de um menor a casal. Não há vedação legal para que a guarda e responsabilidade seja deferida ao casal em vez de a um dos cônjuges, embora o art. 24 da Lei nº 6.697/79 (art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente) utilize a expressão “detentor” no singular. O Poder Judiciário, assim como tem atribuição para decidir sobre o exercício do pátrio poder, poderá também deliberar sobre a guarda e responsabilidade do menor em situação irregular, sendo justo que essa guarda seja deferida desde logo ao casal, que tem possibilidade e interesse na adoção do infante. (TJRJ, Rel. Des. Hilário Alencar, RT 669/149).

consiste na alternância de lares, ou seja, o filho fica um mês com a mãe e um mês com o pai, por exemplo, e assim sucessivamente. Tal alternância de ambientes em nada contribui para o desenvolvimento afetivo das crianças, criando apenas uma falta de referência familiar e, conseqüentemente, perda do poder hierárquico dos pais.

3. Das mudanças introduzidas pela Lei nº 11.698/2008

3.1. A responsabilidade conjunta e suas conseqüências

Com a nova lei, o poder de decisão (em qual escola o filho estudará, qual clube freqüentará, qual curso fará) será dividido entre os genitores, deixando de ser poder exclusivo do genitor que detém a guarda física do filho, como ocorre na guarda unilateral.

No entanto, outros poderes também serão divididos, como a responsabilidade pelos atos praticados pelos filhos. Assim, o art. 932, cumulado com o art. 933 do CC, estipula a obrigação dos pais de reparar os atos praticados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e sua companhia, ainda que não haja culpa de sua parte.

Desse modo, fixada a guarda compartilhada, haverá responsabilidade solidária de ambos os genitores em reparar os danos causados pelos filhos. Na guarda unilateral, a reparação seria ato exclusivo do genitor detentor da guarda física, pois nela é a este que compete o poder de fiscalização dos atos dos filhos.

3.2. Dos alimentos

Com as mudanças introduzidas pela nova lei, os alimentos não se modificarão. Afinal, a guarda física também enseja gastos com a alimentação, educação e lazer dos filhos, tendo apenas a possibilidade de o genitor não-guardião também escolher como serão gastos os valores da pensão alimentícia.²

A aplicação da guarda compartilhada em outros países tem mostrado que o genitor não-guardião se sente mais ligado aos filhos, não apresentando dificuldades em pagar a pensão alimentícia, além de se dispor a pagar valores superiores ao estipulado judicialmente.³

² AÇÃO DE ALIMENTOS. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. GUARDA COMPARTILHADA. Evidenciado que o alimentante não dispõe de boa situação econômica, é de se manter o valor da verba alimentar fixado na decisão de primeiro grau. Da mesma forma, estando a infante sob a guarda compartilhada de ambos os genitores, a estipulação do valor dos alimentos deve levar em conta o fato de que o alimentante, além do pensionamento, possui despesas extras com a manutenção da filha. Preliminar desacolhida, diligência indeferida e apelo desprovido. (Apelação Cível, nº: 70016686461, Sétima Câmara Cível, TJRS, relator: Maria Berenice Dias, julgado em: 28/03/2007).

³ Ver Vilela (2008).

3.3. Das visitas

A Lei nº 11.698/2008 em nada se manifestou a respeito das visitas do genitor não-guardião aos filhos. Com isso, o que se conclui, e vem sendo o entendimento majoritário na doutrina, como por exemplo, de Maria Berenice Dias,⁴ é que estas serão livres, pois, ao fixar-se a guarda compartilhada, presume o consenso dos pais em relação ao melhor para os filhos.

3.4. Mudança de domicílios

A mudança de domicílio do genitor guardião não lhe retira a guarda ou impede o exercício da guarda compartilhada, pois com as inúmeras possibilidades de comunicação, o genitor não-guardião poderá passar o final de semana com o filho e decidir via internet ou telefone a respeito de qual escola o filho irá frequentar, por exemplo. Além disso, impedir o genitor guardião de mudar o domicílio violaria a sua liberdade de locomoção (art. 5º, XV, da CF/88).⁵

No entanto, entendemos que a possibilidade de exercício da guarda compartilhada pode estender-se apenas as cidades dentro do mesmo Estado, pois, em se tratando de países e Estados diferentes, estaria inviabilizada a proximidade dos filhos com o genitor não-guardião e também a divisão de responsabilidades.⁶

4. Dos pontos positivos e negativos da Lei nº 11.698/2008

A guarda compartilhada introduzida pela Lei nº 11.698/2008 traz efeitos importantes sobre as relações afetivas entre pais e filhos, principalmente por propiciar uma maior proximidade dos filhos com o genitor não-guardião. Vejamos então:

- pais tornam-se mais responsáveis pelo atendimento das necessidades dos filhos devido ao convívio mais estreito;
- pais e filhos se tornam mais unidos, o que é favorável ao desenvolvimento mental e físico das crianças, que têm melhorada a auto-estima e perdem o sentimento de

⁴ Ver Dias (2008).

⁵ Esse também foi o entendimento do desembargador Brandão Teixeira, vejamos: “[...] não consta do acordo de GUARDA COMPARTILHADA que a agravante estaria impedida de mudar seu DOMICÍLIO sob pena de perder a GUARDA de seu filho; tal restrição implicaria cerceio no direito de ir e vir da agravante”; (TJMG - Número do processo: 1.0479.03.046895-9/001(1). Relator: BRANDÃO TEIXEIRA. Relator do Acórdão: BRANDÃO TEIXEIRA. Data do Julgamento: 15/03/2005. Data da Publicação: 08/04/2005).

⁶ CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. GENITOR RESIDENTE DE OUTRO PAÍS. INTERESSES DO MENOR. 1. Inviabilizada a guarda compartilhada na hipótese de o genitor residir em outro país, eis que não ocorreria a efetiva e contínua participação de ambos os pais no integral acompanhamento do filho. 2. Encontrando-se o menor perfeitamente ajustado em seu modo de vida, mantendo bom relacionamento com a genitora e recebendo educação adequada, incabível a transferência da guarda para o outro genitor. (Apelação Cível, nº: 20000110948395, Primeira Turma Cível, TJDF, relator: Valter Xavier, julgado em 02/09/2002, DJ 13/11/2002, p. 98).

rejeição dos genitores;

- pais mais atentos aos interesses dos filhos e, portanto, com divergências mais equilibradas;
- menor sentimento de culpa e frustrações pelos pais que terão participado ativamente da vida do filho mesmo se tratando de ambientes distintos;
- pais menos sobrecarregados em relação aos filhos, com maiores possibilidades de constituírem nova união, elevarem-se profissionalmente etc.

Assim, a nova ótica apresentada pela Lei nº 11.698/2008 atende ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente em relação à observância do melhor interesse do menor em face dos caprichos dos pais.

Apesar das boas intenções do legislador, alguns pontos da nova lei podem trazer problemas à relação parental. Vejamos alguns:

- possibilidade de qualquer dos genitores representar os filhos, o que poderia ensejar o abuso do direito e ocasionar demandas para desfazer tais atos;
- resistência dos pais em adotar tal modelo, por confundirem com a guarda alternada, que é visivelmente prejudicial à criança.⁷

Assim, os pontos negativos se mostram bastante inferiores aos pontos positivos. Enquanto estes dizem respeito mais às crianças, aqueles dependerão mais dos pais no desempenho de suas condutas, bastando, portanto, o interesse deles para que a guarda compartilhada se concretize.

5. Aplicação do instituto

Conforme descrito na Lei nº 11.698/2008, a aplicação da guarda compartilhada poderá dar-se por consenso dos pais na ação de separação, na de divórcio, na de dissolução de união estável ou na de medida cautelar, ou ainda, decretada pelo juiz atendendo aos interesses do menor. A lei ainda impõe a obrigatoriedade de o juiz informar os pais a respeito do instituto, dando prioridade a este em face dos demais tipos de guarda.

A aplicação de tal guarda pelo magistrado deverá ser feita com muita ponderação, sobretudo devido ao desgaste sofrido após a fragmentação do lar conjugal, o que

⁷ AGRAVO DE INSTRUMENTO. FILHO MENOR (5 ANOS DE IDADE). REGULAMENTACAO DE VISITA. GUARDA ALTERNADA INDEFERIDA. INTERESSE DO MENOR DEVE SOBREPOR-SE AO DOS PAIS. AGRAVO DESPROVIDO. Nos casos que envolvam guarda de filho e direito de visita, é imperioso ater-se sempre ao interesse do menor. A guarda alternada, permanecendo o filho uma semana com cada um dos pais não é aconselhável, pois ‘as repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado numero de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irreversíveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos’ (RJ 268/28).’ (Agravado de Instrumento Nº 00.000236-4, TJSC, Relator: Des. Alcides Aguiar, Julgado em: 26/6/2000).

pressupõe partes rancorosas que poderão se utilizar dos filhos para se opor ao outro cônjuge.⁸ Assim, a guarda compartilhada necessita amplamente da sensibilidade do juiz no caso concreto.

E é desse sensível poder de decisão em face do menor que a lei descreve a possibilidade de o magistrado basear em laudo técnico-profissional requerido pelo Ministério Público ou pelo próprio juiz.

6. Crítica

O que não se coaduna com o disposto em toda a Lei nº 11.698/2008 é o descrito em seu art. 1.584, §4º, que descreve a possibilidade de redução do número de horas de convivência do filho com o genitor que descumprir ou alterar o modelo de guarda adotado.

Tal punição desarmoniza o objeto da lei, que é estimular a proximidade entre pais e filhos, acabando por punir a própria criança ao ser reduzida sua convivência com o genitor. Ou seja, a punição deixa de ser ao genitor que violou o estipulado e passar a ser à criança.

7. Conclusão

A inovação positivada pela Lei nº 11.698/2008 veio demonstrar o comprometimento do ordenamento jurídico brasileiro com o pactuado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Igualdades entre homens e mulheres, paternidade responsável, continuidades das relações familiares, melhores interesses da criança e do adolescente e convivência familiar são princípios constitucionais agora mais fortalecidos infraconstitucionalmente.

Assim, o legislador, ao editar o instituto da guarda compartilhada, demonstra seu compromisso com a consolidação dos hábitos familiares mais sólidos, visando o benefício da sociedade como um todo.

Com certeza a aplicação da nova lei necessitará de amparo técnico e emocional, principalmente de juízes e genitores que poderão ver na aplicação da guarda compartilhada o fortalecimento do poder familiar que se encontra tão defasado no mundo atual, podendo os pais participar efetivamente da vida das crianças e dos adolescentes, criando um ambiente mais equilibrado e, assim, uma personalidade sem distúrbios emocionais.

É possível concluir que deverá haver bastante cautela e harmonia entre os pais para a construção do ambiente que a guarda compartilhada se propõe a criar.

⁸ GUARDA COMPARTILHADA. A estipulação de guarda compartilhada é admitida em restritas hipóteses, sendo de todo desaconselhável quando há profunda mágoa e litígio entre as partes envolvidas. Apelo desprovido. (Apelação Cível, nº: 70007133382, Sétima Câmara Cível, TJRS, relator: Des. Maria Berenice Dias, julgado em: 29/10/2003).

Que a guarda compartilhada seja o meio utilizado pelos pais, após a separação ou o divórcio, no intuito de fazer persistir a firmeza no que diz respeito aos laços entre os genitores e a prole.

8. Referências bibliográficas

ALVES, Wellington Lopes. *Da guarda compartilhada dos filhos*. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/?action=doutrina&iddoutrina=992>>. Acesso em: 12 set. 2008.

DIAS, Maria Berenice. Guarda Compartilhada. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 12, n. 275, jun. 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: quem melhor para decidir a respeito? *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 47, n. 268, p. 28-31, fev. 2000.

MELGAÇO, Fernanda A. Tizôco. *Guarda Compartilhada: dificuldades para aplicação da sistemática na realidade familiar brasileira*. Disponível em: <<http://www.oabdf.org.br/sites/200/227/00001244.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2008.

NÓBREGA, Ailton Rocha. Guarda de filhos: unilateral e compartilhada. Inovações da Lei nº 11.698/2008. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1847, 22 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11494>>. Acesso em: 14 set. 2008.

PERES, Luiz Felipe Lyrio. Guarda compartilhada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3533>>. Acesso em: 13 set. 2008.

VILELA, Sandra. *Alimentos se mantêm na guarda compartilhada*. Disponível em: <<http://www.pailegal.org/chifinsup.asp?rvTextold=1211840058>>. Acesso em: 12 set. 2008.

Artigo recebido em: 12/01/2010

Artigo aprovado em: 16/04/2010